



Centro Universitário de Brasília- UniCeub

CARLOS EDUARDO RODRIGUES BANDEIRA

TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A MAXIMIZAÇÃO DO SISTEMA
JURÍDICO

Brasília
2011

CARLOS EDUARDO RODRIGUES BANDEIRA

TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A MAXIMIZAÇÃO DO SISTEMA
JURÍDICO

Dissertação apresentada para obtenção do
título de bacharel em Direito pelo programa do
Centro Universitário de Brasília-UniCeub.

Orientador: Prof. Dr. Alvaro Ciarlini

Brasília
2011

CARLOS EDUARDO RODRIGUES BANDEIRA

TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS E A MAXIMIZAÇÃO DO SISTEMA
JURÍDICO

Dissertação apresentada para obtenção do
título de Bacharel em Direito pelo Programa
de Graduação em Direito do Centro
Universitário de Brasília- UniCeub.
Orientador: Prof. Álvaro Luis Ciarlini

Brasília, 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Álvaro Luis Ciarlini, Dr.
Orientador

Prof. Ivan Cláudio Pereira Borges, Ms
Examinador

Prof. Einstein Borges Taquary, Ms
Examinador

RESUMO

Não existe ordenamento jurídico perfeito, muito embora haja esforço por parte do legislador em criar normas para prevenir e solucionar litígios de maneira mais justa e menos onerosa para as partes, ainda assim, o sistema jurídico brasileiro está longe da perfeição, sendo necessário, existir a preocupação com as lides envolvendo interesses difusos e coletivos relativos aos consumidores, todavia, na legislação brasileira, apesar das visíveis imperfeições e lacunas, dentro do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) a solução para defesa dos interesses metaindividuais, mas o problema se encontra com os legitimados em oferecer ação civil pública que ainda não notaram a eficiência deste remédio jurisdicional, principalmente, nas lides que envolvem planos de saúde e segurados, onde é perceptível manifesto abandono com a defesa dos consumidores e, nada está sendo feito para, ao menos, minimizar os abusos cometidos pelas seguradoras. A utilização da ação civil pública como forma de tutela dos interesses metaindividuais representa um uso maior e mais amplo do ordenamento jurídico, não sendo este procedimento compatível com os juizados especiais civis, assim retirando a idéia *inter partes* e substituindo pela idéia *erga omnes*, por meio de apenas uma ação serão representados todos os interesses relativos aos grupos e toda a sociedade, cumprindo à risca o conceito de eficiência, interligado com a razoável duração do processo e permitindo que o Estado cumpra os escopos da jurisdição, garantido assim a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente a isonomia e a dignidade da pessoa humana, também permitindo ao Poder Judiciário realizar o controle de constitucionalidade difuso pelos magistrados ainda na primeira instância. A ação civil pública realmente constitui uma forma de maximização da jurisdição, elevando o conceito de justiça a outro patamar, sendo esta, provavelmente, a maior forma de racionalização do sistema jurídico brasileiro para solução de litígios envolvendo a coletividade e garantindo os direitos sociais.

Palavras-chave: interesses metaindividuais. Ação civil pública.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	5
1. MOVIMENTOS RENOVATÓRIOS DE ACESSO À JUSTIÇA	
1.1. Primeira onda: Tutelas de interesses individuais.....	8
1.2. Segunda onda: Tutelas de interesses metaindividuais.....	11
1.3. Caso brasileiro: inclinação à primeira onda e suas conseqüências.....	15
2. POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL	
2.1. Interesses individuais homogêneos e seus remédios jurisdicionais.....	20
2.2. Possíveis incongruências entre os direitos difusos e coletivos dos consumidores e o sistema processual da Lei 9.099/95.....	31
3. TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS COMO USO RACIONAL DO SISTEMA JURÍDICO	
3.1. Controle de constitucionalidade difuso e garantia dos princípios de isonomia, dignidade da pessoa humana e outros princípios	37
3.2. Uso racional do sistema jurídico como ferramenta de solução dos litígios.....	43
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor estatui regras voltadas para regulamentar as relações entre os fornecedores ou prestadores de serviços e os consumidores, relação esta muitas vezes conturbada provocada por uma má prestação de serviços, normalmente seguida da recusa da regular prestação do serviço por uma questão de economia ou até mesmo pela própria má-fé, sendo que, em ambas as situações sempre é o consumidor quem fica com o prejuízo e a insatisfação.

A relação deverá ser materializada na forma de ação, para logo em seguida ser submetida à prestação jurisdicional do Estado, o legítimo responsável pela solução legal dos conflitos.

Os consumidores por mais desunidos que sejam constituem uma classe determinada ou indeterminada, proporcional ao âmbito da prestação de determinado serviço, assim caracterizando os chamados interesses difusos e coletivos, devendo necessariamente ser objeto de proteção estatal, utilizando-se um instrumento processual hábil a representá-los.

As tutelas de interesses individuais presentes no Código de Processo Civil e oriundas do clássico Direito Romano se mostram ineficazes frente à representação dos grupos de consumidores, muito embora nada impeça a interposição de ações individuais por cada consumidor, mas a própria Constituição e o Código de Defesa do Consumidor admitem a representação dos interesses metaindividuais por meio de ação própria para maximização da jurisdição.

A representação dos interesses coletivos e garantia dos interesses individuais é o objeto da terceira onda de acesso à Justiça, permitindo equilibrar a prestação jurisdicional com a recente idéia de coletivização dos processos, presente em ações como o mandato de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública.

A intenção da terceira onda de acesso à Justiça é demonstrar a grande utilidade da ação civil pública (Lei 7.347/85), remédio jurisdicional responsável por facilitar o alcance dos escopos da jurisdição e o papel preventivo do Direito, sempre na busca por regular o comportamento humano pela incidência de suas normas.

A presente pesquisa faz uma análise muitas vezes crítica à clássica forma de acesso ao Judiciário por meio das tutelas de interesses individuais, cabendo a ressalva de que

o tema é recente e possui singular importância no meio doutrinário brasileiro, observado que muitas vezes é reduzido a uma única menção ou um breve comentário no meio acadêmico, não sendo discutida ainda sua real importância.

O objetivo principal desta pesquisa é a demonstração do constante abandono na defesa dos interesses metaindividuais dos consumidores quando a lesão se origina nos contratos de planos de saúde, para tanto, o estudo foi dividido em três partes para facilitar a exposição do tema abordado.

A primeira parte deste estudo possui o objetivo de demonstrar a evolução do acesso a Justiça na visão doutrinária de Mauro Cappelletti, a tendência de coletivização do processo e que há uma idéia de conciliação entre a primeira e segunda onda de acesso à Justiça, caracterizando a terceira onda.

Dessa forma, demonstrada a existência do acesso à Justiça por meio das tutelas metaindividuais, cabe especificar que o ordenamento jurídico brasileiro vigente estabelece um “remédio” para representação da sociedade como parte processual, a ação civil pública é o instrumento de representação dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e também é uma forma mais hábil de solução dos litígios.

Pontua-se, em seguida, a ampla ligação do Código de Defesa do Consumidor com a Lei 7.345/85 e o procedimento ordinário do Código de Processo Civil, demonstrando a incompatibilidade da ação civil pública com o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais descritos na Lei 9.099/95, devendo este procedimento ser evitado quando o objeto processual se referir aos interesses metaindividuais.

O terceiro e último capítulo desta pesquisa, em um primeiro momento, se destina a explicar as conseqüências da utilização das tutelas de interesses metaindividuais como o controle de constitucionalidade difuso ou incidental realizado por qualquer dos membros do Judiciário e a garantia de princípios constitucionais básicos e essenciais como a dignidade da pessoa humana e isonomia de uma forma coletiva e não meramente individual.

Cumpre ressaltar que será feita uma crítica ao posicionamento doutrinário dominante em admitir apenas os princípios consagrados na Carta Magna de maneira individual, ainda não visualizando a preservação dos interesses na esfera da coletividade,

muito embora, exista hoje uma nítida tendência à coletivização de interesses, entendimento este que deverá vigorar futuramente.

A parte final do último capítulo indica a representação dos interesses difusos como forma de maximização da jurisdição e conseqüentemente na solução dos litígios, sendo uma ferramenta mais ampla e potente que garante todos os escopos do Estado por meio de uma única ação.

Cabe esclarecer que em muitos Estados da federação a ação civil pública ainda não foi utilizada para resolver as lesões causadas pelas operadoras dos planos de saúde aos diversos segurados, que nada mais são do que consumidores de uma prestação de serviços em um contrato de seguro. Por outro lado, muitas vezes após o ajuizamento da ação civil pública existem julgados condenando as operadoras a repararem os danos causados e modificarem a prestação de serviços, possuindo efeito *erga omnes*, alcançando até mesmo os futuros consumidores.

Por fim, não houve qualquer interesse em criticar diretamente o Sistema Único de Saúde (SUS) por sua ineficiência, mas apenas demonstrar a indispensabilidade do sistema suplementar de saúde regulado pela Lei 9.656/98 e a eficiência da ação civil pública como meio para solucionar os litígios, além de incluir os grupos de consumidores beneficiários dos planos de saúde nos tratamentos contra as diversas enfermidades e moléstias existentes no mundo, de modo a preservar o bem jurídico mais importante do homem que é a vida.

1 MOVIMENTOS RENOVATÓRIOS DE ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Primeira onda: tutelas individuais

O homem, no decorrer de sua caminhada evolutiva necessitou de um ente soberano para regular seus atos, este ser fictício deveria ser responsável pela manutenção da paz entre os indivíduos e único detentor da violência legal coercitiva, este deveria evitar que o próprio homem se perca frente suas paixões naturais interiores, a noção de Estado surgiu a partir de tal pensamento.¹

O Direito, por sua vez, inicialmente surgiu como um conjunto de normas de caráter abstrato, com função de prevenção contra atos lesivos e meio de coerção legal para solução dos litígios.² Contudo, atualmente o conceito de direito foi ampliado, devendo ser entendido como instrumento cujo escopo está voltado para a satisfação de interesses e a pacificação social.³

O Estado, na visão de Hobbes, surgiu com o fim de evitar a violência privada e forma de racionalização dos conflitos, a partir daí, o homem deixa sua condição de submissão às leis naturais e se organiza dentro de um sistema hierárquico de leis, pelo acordo de vontades, na forma do contrato social.⁴

No século XIX, o Estado Moderno assume uma postura intervencionista, essa nova postura visa garantir a solução dos litígios, dando maior importância ao processo, como meio de garantia da aplicação das leis e solução dos litígios de modo menos gravoso com mais isonomia para aqueles lesados por uma conduta gravosa.⁵

A formação do Estado Social gerou a garantia de acesso à Justiça a todos, não importando a condição econômica ou grupo étnico do indivíduo lesionado, sendo a prestação jurisdicional um dever do Estado com escopo de cumprir o disposto em lei⁶ e,

¹HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 123.

²KELSEN, HANS. *Reine Rechtslehre*. Leipzig- Viena, Deuticke, 1934 (trad. port. João Baptista Machado: *Teoria pura do direito*. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009), p. 49.

³DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

⁴HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 125.

⁵CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acess to justice: the worldwide movement to make rights effective*. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 10.

⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210.

sobretudo, fazer com que o Estado regule o comportamento de seus subordinados usando sua soberania e impondo suas normas de conduta.⁷

A jurisdição jamais existiria se não houvesse acesso à Justiça, mas essa garantia necessitou de complementação, muito se deu por conta do excesso de formalismo judicial e dos altos custos para ingresso no sistema, desse modo, foi necessária a criação de ondas renovatórias para facilitar o ingresso daqueles que até então se encontravam excluídos do sistema judicial.

A primeira onda (movimento renovatório) surgiu a partir da necessidade de representação judicial dos mais pobres (em sentido amplo, representando todos à margem do sistema judicial), essa idéia foi introduzida para facilitar o acesso dos cidadãos à margem do sistema e minimizar os problemas sociais, rompendo o paradigma de inacessibilidade a uma decisão judicial por conta das custas e falta de defensores.⁸

Mauro Cappelletti esclarece a primeira onda da seguinte forma:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear são, por isso mesmo, vitais. Até muito recentemente no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (*múnus honorificum*). O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes. Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a dedicar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos de programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício.⁹

A assistência jurídica é fundamental, a idéia básica da primeira onda renovatória é a assistência jurídica como inclusão daqueles à margem do sistema e a

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 199.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p.32.

⁹ Idem. Ibidem, p. 31, 32.

permissão ao acesso e o julgamento dos seus conflitos. O *due process of Law*¹⁰ oriundo do Direito norte-americano ampliou a idéia de acesso à Justiça, não somente é o direito ao julgamento da lide, mas uma forma de participação ativa no processo.

Os Estados Unidos e a Inglaterra foram pioneiros no processo de assistência jurídica para os excluídos do sistema judicial, por intermédio de medidas, por exemplo, remunerar advogados particulares pelos cofres do Estado até o final do processo (sistema *Judicare*),¹¹ não permitindo a desistência da ação por falta de defesa e excesso de formalismos, muitas vezes estranhos para o autor.

O movimento, entretanto, possui uma restrição quanto à amplitude do uso do Direito, sempre a assistência jurídica será limitada a uma só pessoa e, a decisão terá efeito *inter partes*, sendo esquecida a idéia de representação e garantia dos interesses sociais, não utilizando o direito de forma ampla e racional para solução dos litígios por uma única ação.¹²

A existência das tutelas individuais para resolver danos de magnitude coletiva, ainda é baseada na idéia do processo romano, não sendo possível a solução imediata do problema em nível *erga omnes*, conseqüentemente, gerando a repetição *ad eternum* dos casos semelhantes envolvendo a mesma lesão, sendo esquecida a possibilidade de representação processual dos interesses grupais, coletivos e individuais homogêneos.

A massificação das tutelas individuais gerou uma demanda elevada de casos dentro Judiciário,¹³ sendo agravada pela ausência de representação a nível metaindividual, inexistindo solução definitiva para o problema apresentado, muitas vezes permitindo a existência de uma futura lesão de maior impacto, por não haver qualquer tutela específica para coibir os atos ilícitos praticados.

O principal problema das tutelas individuais é relativo ao nível de satisfação dos interesses,¹⁴ sendo restrita, a decisão judicial só garantirá a prestação jurisdicional para as partes integrantes do litígio, não gerando qualquer efeito relacionado com a garantia de

¹⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 35.

¹¹Idem. Ibidem, p. 36.

¹²DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95

¹³Idem. Ibidem, p. 100

¹⁴WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p.41.

interesses sociais, sendo necessária outra ação para garantir a prestação jurisdicional aos demais interessados, cuja lesão ou ameaça é a mesma ou semelhante.¹⁵

A primeira onda renovatória retirou os primeiros entraves de acesso à Justiça, possibilitando inclusão judicial a todos, de modo indiscriminado e efetivo, mas as limitações existentes no âmbito da representação individual acabaram por permitir o avanço do pensamento jurídico com a representação dos interesses metaindividuais, buscando introduzir ao processo a ideia de coletivização do processo.¹⁶

O sistema processual deve ser entendido não só como ferramenta de inclusão, mas como o meio de resgate dos interesses sociais, de modo a permitir o uso ampliado do direito em áreas estritamente voltadas para a idéia do coletivo, como ocorre nas relações de consumo,¹⁷ sendo desnecessárias excessivas tutelas de interesses individuais se o caso for facilmente resolvido por uma única ação representativa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1.2 Segunda onda: tutelas metaindividuais

A ideia de bem-estar coletivo representa o objetivo do Estado Social, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular deve o Estado utilizar de todos os meios possíveis para evitar o benefício individual em detrimento do dano coletivo, não existindo qualquer tolerância de dano coletivo em função do lucro individual.¹⁸

A sociedade, assim como o sujeito singular, pode e deve ser a parte autora em ação específica para solver qualquer dano proveniente de ato lesivo à coletividade. O objeto da ação será a representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo sua finalidade a busca pela tutela jurisdicional do Estado para solução da lide instaurada e prolação da decisão mais justa ao caso concreto.

A tutela de interesses metaindividuais está relacionada com a realização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁹ São chamados dessa forma por serem os interesses coletivos ou grupais, diferente do interesse individual não sendo restrito

¹⁵FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

¹⁶DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 330.

¹⁷FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 388.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.23.

¹⁹Idem. Ibidem, p. 809.

apenas a uma parte do processo, mas a todo um grupo de indivíduos identificáveis ou não,²⁰ beneficiários de algum modo, direta ou indiretamente, da decisão prolatada, com isso utilizando o Direito de forma ampla para solução do maior número de casos.

A primeira impressão causada pela tutela de interesses metaindividuais é a revolução do paradigma processual romano. O processo clássico é tripartido, composto por duas partes litigantes e um julgador representado na pessoa juiz, todo o procedimento voltado apenas para o julgamento da pretensão resistida apresentada ao Judiciário e a expedição de sentença com efeitos *inter partes*.²¹

Mauro Cappelletti retrata a segunda onda da seguinte forma:

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira revolução está-se desenvolvendo dentro do processo civil.²²

Os Direitos pertencentes aos grupos e a toda coletividade são visivelmente incompatíveis com os meios de representação das tutelas individuais, por serem apresentadas como uma lesão de relevância social, muito embora o dano causado atinja a esfera pessoal, possuindo maior relevância a representação das tutelas de interesses metaindividuais e a composição do dano em nível coletivo.²³

O litisconsórcio não possui nenhuma relação com as tutelas de interesses metaindividuais, sendo um fenômeno autônomo, ocorrendo sempre quando dois ou mais indivíduos se encontram na mesma polaridade do processo, seja como autores (litisconsórcio ativo), seja como réus (litisconsórcio passivo) formando a possibilidade contemplada pelo Código de Processo Civil que permite a cumulação de sujeitos (cumulação subjetiva), desde que exista um mesmo dano e seja demonstrado interesse jurídico e não meramente econômico.²⁴

²⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1180.

²¹THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 43.

²²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 49.

²³DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 68.

²⁴Idem. Ibidem, p. 348.

A revolução causada pela representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos só se tornou possível pelo reconhecimento da coletivização do processo. O reconhecimento da ampliação da legitimidade *ad causam* ativa permitiu ao Poder Judiciário solucionar danos de âmbito coletivo, tornando possível a proteção de interesses que não podem ser individualizados ou divisíveis, em alguns casos, por pertencerem a todos.²⁵

O primeiro país a utilizar as tutelas metaindividuais para satisfazer os interesses de grupos de consumidores foi a Suécia pelo “Ombudsman”.²⁶ Os juristas suecos observaram a necessidade de unificação em uma única ação para tanto solver quanto para prevenir os possíveis danos contra os consumidores, por um mesmo fornecedor, para tanto observando o impacto positivo causado por esse tipo de tutela.

O objetivo das tutelas de interesses metaindividuais não é somente exprimir a vontade da legislação vigente, mas permitir maior celeridade ao Judiciário para solver litígios de forma célere e econômica, de modo a maximizar a concretização dos escopos da jurisdição e para aplicar o direito de forma ampla e racional ao caso concreto.²⁷

A representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos apesar de gerarem economia e celeridade processuais não permite comprometer a segurança jurídica do julgado, pelo contrário, no julgamento das tutelas de interesses metaindividuais existe uma preocupação constante e mais ampla por parte do Judiciário em solver o litígio, visto que a decisão possuirá efeitos *erga omnes*.

O verdadeiro escopo da representação dos interesses metaindividuais está relacionado com o fator social, ao permitir a universalização de uma decisão para a esfera coletiva, ao repudiar a esfera unitária do processo e a inadequação da mesma pelas exigências tanto sociais quanto jurídicas causadas pela evolução da sociedade acompanhada pela mudança de entendimento no sistema jurídico.²⁸

O movimento pode ser visto como uma ampliação da assistência jurídica aos pobres da primeira onda renovatória, sendo que, de uma maneira simplificada, por uma única ação são representados os interesses dos grupos e da coletividade, possibilitando

²⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.809.

²⁶CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988. p. 54.

²⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 362.

²⁸Idem. Ibidem, p. 360.

também o controle constitucional difuso pelo julgador *a quo* (juiz),²⁹ sem que haja necessidade de reexame pelas instâncias superiores.

O primeiro elemento necessário para caracterizar a reforma é saber que existem grupos legitimados para atuarem como representantes dos interesses metaindividuais,³⁰ sendo essencial existir a lesão causada e o interesse jurídico em reparar o dano para corroborar a pretensão da ação.³¹ O segundo momento está relacionado em permitir aos grupos privados se organizarem de modo a possuírem legitimidade para propor a medida jurídica cabível para sanar os danos causados aos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos³².

O Direito do Trabalho é o único que permite a um ente privado (sindicato) deliberar sobre os direitos da categoria,³³ mas não há qualquer representação da coletividade envolvendo relações de consumo, salvo, o Ministério Público, todavia, na maioria dos casos, este deixa de cumprir seu papel como principal guardião dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, contrariando a Constituição Federal (artigo 129, III), a legislação ordinária e sua própria lei orgânica.³⁴

A reforma ao acesso à Justiça obteve um grande avanço com os mecanismos de representação dos interesses metaindividuais, possibilitando proteção jurídica aos interesses relegados ao segundo plano. Medidas proporcionadas por essas tutelas conscientizaram os cidadãos de seus direitos, permitindo sua representação de modo mais amplo e racional.³⁵

A segunda onda de acesso à justiça é limitada por se restringir apenas na representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não existindo qualquer preocupação em utilizar todos os meios jurídicos possíveis para prevenir futuras

²⁹BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

³⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 946.

³¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 810-811.

³²DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 349.

³³SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 466.

³⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

³⁵CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 50.

lesões, utilizando os dois primeiros movimentos renovatórios como “ferramentas” judiciais preventivas para as futuras disputas.

As limitações das duas renovatórias causaram o surgimento da terceira onda, cujo foco se encontra na representação dos interesses metaindividuais e garantia dos direitos fundamentais, permitindo ao direito criar todo um “aparato” judicial para coibir futuros litígios e preservar os bens jurídicos tutelados.³⁶

1.3 Caso brasileiro, inclinação à primeira onda e suas conseqüências.

A Constituição de 1988 não somente modificou o regime político, mas também o sistema processual e, sobretudo, o direito material herdado dos antigos regimes. Para tanto, adotou uma postura tanto liberalista quanto intervencionista, característica do Estado de Direito. A mudança nas instituições afetou significativamente o Judiciário depois de 1988. O acesso à Justiça se tornou cláusula *pétrea* da Constituição, o que demonstra a obrigação do Estado brasileiro em prestar tanto o acesso à Justiça como participação no processo, o que caracteriza o princípio do *due process of Law*³⁷ oriundo do direito norte americano.

Humberto Theodoro Júnior trata da autonomia do direito de ação da seguinte forma:

O direito subjetivo, que o particular tem contra o Estado e que se exercita através da ação, não se vincula ao direito material da parte, pois não pressupõe que aquele que o maneje venha a ganhar a causa. Mesmo o que ao final do processo não demonstra ser titular do direito substancial que invocou para movimentar a máquina judicial, não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional, isto é, a definição estatal da vontade concreta da lei.³⁸

A ação é um direito subjetivo³⁹ consagrado pela Carta Magna, ninguém é obrigado a ajuizar ação, todavia, esta é o único remédio admitido pelo ordenamento para sanar eventuais danos ao direito do indivíduo, estando prevista expressamente na Constituição Brasileira, no artigo 5º, inciso XXXV, caracterizando a universalidade desse Direito.

Giuseppe Chiovenda, jurista italiano, explica ação como:

³⁶WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 31.

³⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 360.

³⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 56.

³⁹CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2002, p. 20.

Poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. Definição que bem examinada, coincide com as fontes: *nihil aliud est actio quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur* (IST. IV, 6, pr); em que é *evidentis sima* a contraposição do direito ao que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio perseguendi*). A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza pública ou privada.⁴⁰

No entender de Arruda Alvim, ação significa:

Direito constante da lei processual civil, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade. Tem por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, visando, diante da hipótese fático-jurídica nela formulada, à aplicação da lei (material). Esta conceituação compreende tanto os casos referentes a **interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos**.⁴¹ (Grifo nosso)

Atrelada à idéia de subjetividade, onde via de regra, o próprio Judiciário não poderá obrigar a parte a ajuizar ação para garantir seus próprios interesses particulares que foram violados, esta é a ideia da voluntariedade,⁴² a ação é um ato voluntário e para ser iniciada necessita de iniciativa da parte (CPC, artigo 262), entretanto, depois de proposta se torna um direito objetivo sujeita a penalidades de cunho processual como a revelia, preclusão e perempção.

O Direito e a ação são artefatos históricos evolutivos,⁴³ variam de acordo com a evolução da sociedade, é perfeitamente válido afirmar que no Brasil desde sua primeira Constituição da época imperial em 1824 até a atual de 1988 houve uma série de mutações dentro do aspecto social, englobando principalmente, os costumes, necessitando da modificação dos antigos paradigmas até então existentes e, conseqüentemente, gerando novos paradigmas.

As mudanças necessariamente deverão ser acompanhadas de alterações dentro do sistema jurídico, caso contrário, o Direito se torna um objeto inútil, visto que, sua finalidade é prevenir antecipadamente situações que caracterizam a incidência das normas.⁴⁴

⁴⁰CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2002, p. 39.

⁴¹ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil- Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 407.

⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18.

⁴³Idem. Ibidem, p. 21.

⁴⁴KELSEN, HANS. Reine Rechtslehre. Leipzig- Viena, Deuticke, 1934 (trad. port. João Baptista Machado: Teoria pura do direito. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009), p. 221.

Sem sua característica preventiva o Direito não passaria de um conjunto de regras antiquadas, onde nem mesmo os princípios gerais e a analogia poderiam ser utilizados, causando uma espécie de caos social.

No Brasil, desde a instituição da garantia de acesso à Justiça, houve a predominância das tutelas individuais, demonstrando inclinação ao clássico processo civil romano, o que não é errado por condenar a autotutela e permitir que os mais pobres tenham acesso à justiça, caracterizando o pensamento jurídico da primeira onda renovatória.⁴⁵ Porém, as consequências geradas pela excessividade das tutelas individuais afetaram consideravelmente o sistema jurídico e, não eram eficientes para os novos ramos do Direito dos consumidores e o ambiental.

Primeiramente, é necessário afirmar que a excessividade das tutelas individuais gerou uma espécie de “congestionamento” na fase de instrução e julgamento dos processos ainda na primeira instância, mesmo havendo semelhanças na causa de pedir e sendo o mesmo requerido, deve o juiz julgar a que primeiro foi ajuizada para somente depois julgar a outra correndo o risco de dar ganho de causa para um e improcedência dos pedidos da outra, o que geraria a insegurança jurídica e a demora para apreciação das causas propostas, sem falar que essa forma de julgar poderia ferir o princípio da isonomia,⁴⁶ consagrado no artigo 5º da Constituição.

Os direitos dos consumidores e o direito de preservação ambiental, mesmo sendo direitos coletivos, ainda não possuem representação em nível de coletividade, porque não surgiu o pensamento de representação de grupos e da coletividade em geral, principalmente, com relação aos direitos do consumidor que na maioria das vezes não alcança seu objetivo,⁴⁷ sendo usado com mais profundidade para uma maior ampliação da decisão judicial que irá sanar o dano causado não somente a um indivíduo, mas perante toda a coletividade.

O juiz, ao julgar um processo por vez e, sendo os fatos semelhantes, havendo também a mesma lesão ao direito não usa de “garantias” que não são vedadas pela

⁴⁵CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988 p.32.

⁴⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 592.

⁴⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

Constituição, a sentença parâmetro e o controle constitucional difuso do juiz, em que pelo julgamento de uma ou mais ações o magistrado cria uma “jurisprudência” que será aplicada aos demais casos semelhantes como fórmula, devendo ser um modelo a ser seguido para julgar os demais casos semelhantes.

O Ministério Público, por outro lado, não utiliza a regra presente no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, o que lhe permite ajuizar uma ação representando os interesses dos grupos ou da coletividade, dificultando ainda mais a ampliação do uso do sistema jurídico e seu conseqüente uso racional.⁴⁸

A sucessividade das tutelas individuais acabou por gerar um movimento de jurisprudência defensiva no Supremo Tribunal Federal que por atribuição constitucional é o maior órgão julgador do sistema brasileiro, por meio da aplicação da jurisprudência defensiva, o processo não será conhecido pelo relator que poderá julgá-lo monocraticamente (CPC, artigo 557) inadmitindo-o e o caso não irá para julgamento no plenário.

A jurisprudência defensiva funciona como uma forma de obstáculo ao acesso à Justiça por não permitir a apreciação do caso pela instância suprema, mas sua intenção realmente é de diminuir o fluxo de processos na instância superior, a fim de evitar uma “sobrecarga” do sistema jurídico.

A tutela de interesses metaindividuais funciona de forma diferente, se observada, a presença dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que representam os interesses dos grupos e da coletividade.⁴⁹ O que não pode ser impedida de apreciação no tribunal *ad quem* e não haverá qualquer impedimento de apreciação do caso e seu possível julgamento, portanto, gera maior segurança para apreciação na Corte Superior.

A tutela individual não representa um “mau uso” do Direito, nem jamais representará, mas por causa da excessividade desse tipo de tutela foram geradas conseqüências negativas, que afetaram tanto o acesso à Justiça como a duração regular do processo,⁵⁰ o que poderia ser ampliado e minimizado, respectivamente, com uma preocupação maior no ajuizamento das tutelas de interesses metaindividuais.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 32.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

⁵⁰ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 374.

O objetivo da representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos é, somente, identificar os grupos destinatários das tutelas individuais, grupos esses compreendidos como detentores dos mesmos interesses jurídicos e, provavelmente, como os beneficiários diretos das medidas judiciais cabíveis⁵¹. O direito do consumidor é o melhor exemplo da utilização das tutelas metaindividuais para solver os litígios e, conseqüentemente, preencher os interesses das categorias de consumidores.

Mauro Cappelletti explica a terceira onda da seguinte forma:

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa terceira onda de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos enfoque de acesso à Justiça por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁵²

A terceira onda renovatória⁵³ busca justamente a conciliação entre novos movimentos como o direito do consumidor e os remédios jurídicos para solucionar os problemas ainda persistentes, contabilizando os grupos de consumidores como detentores de direitos homogêneos e fornecendo o justo remédio para resolver os eventuais litígios.

⁵¹FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 387.

⁵²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

⁵³Idem. Ibidem, p. 69.

2 POSSÍVEIS INCONGRUÊNCIAS ENTRE O DIREITO MATERIAL E O DIREITO PROCESSUAL

2.1 Interesses individuais homogêneos e seus remédios jurisdicionais

Os interesses metaindividuais, entendidos como os pertencentes aos grupos e toda a coletividade, necessitam de especial proteção, não podendo ser tratados como uma mera ação envolvendo dois indivíduos e o julgador, formando a lide tradicional do processo romano. O interesse em questão é muito mais abrangente do que o interesse *inter partes*,⁵⁴ havendo um dano aos interesses coletivos que deverá ser reparado a nível geral e não somente entre as partes que compõem a lide.

A representação, em única ação de toda a coletividade representa a superação do paradoxo⁵⁵ que somente as tutelas individuais, características do clássico sistema processual civilístico romano, são a única forma de acesso à jurisdição e, também, como única forma de resolução dos conflitos e satisfação de interesses.

Primordialmente é necessário dividir o gênero interesses metaindividuais em interesses coletivos e interesses difusos,⁵⁶ suas espécies, visto que para defender tais interesses basta ficar demonstrado que um único dano ultrapassou a esfera individual, atingindo um grupo ou toda a sociedade, formando a homogeneidade dos direitos.

Marcelo Abelha diferencia os dois tipos de interesses da seguinte forma:

Interesse difuso é aquele interesse determinado, ontologicamente possui sentido público, não sendo exclusivo, portanto plural e interesse coletivo de modo ontológico é a representação dos interesses privados dentro de determinada coletividade sendo fácil a identificação dos sujeitos que foram lesados, enquanto que pela heterogeneidade dos interesses difusos, se torna difícil identificar os sujeitos de interesses lesados.⁵⁷

Sobre a diferença entre interesses difusos e coletivos, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com a expressão interesse difuso ou coletivo, constante do artigo 129, III, da Constituição, foram abrangidos os interesses públicos concernentes a grupos

⁵⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 50.

⁵⁵Idem. Ibidem, p. 59.

⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 49.

⁵⁷DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 350, 351.

indeterminados de pessoas (interesse difuso) ou a toda a sociedade (interesse geral); a expressão interesse coletivo não está empregada, aí, em sentido restrito, para designar o interesse de uma coletividade de pessoas determinada, como ocorre com o mandado de segurança coletivo, mas em sentido amplo, como sinônimo de interesse público ou geral.⁵⁸

José dos Santos Carvalho Filho também esclarece a diferença entre interesses difusos e coletivos:

Interesses difusos são os interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Interesses coletivos são os interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base.⁵⁹

José Geraldo Brito Filomeno conceitua e exemplifica a diferença entre interesses difusos e coletivos da seguinte forma:

Quanto aos primeiros, foram definidos como os que se apresentam transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato. Como exemplos ocorrem-nos a publicidade enganosa, as condições gerais dos contratos de forma lesiva a um número indeterminado de consumidores, a segurança e saúde comprometida ou em perigo diante de bens ou serviços perigosos e nocivos, sendo certo que, nessa hipótese, os mandamentos jurisdicionais serão preponderantemente voltados para obrigações de fazer ou não fazer, sobretudo diante da experiência aqui trazida à baila, bem como nas de qualidade e quantidade de bens e serviços. Quanto ao segundo, tratar-se-iam de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os também transindividuais, de natureza igualmente indivisível, mas de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Destacam-se tais direitos e interesses, por conseguinte, dos chamados difusos, pois que pertencem a determinável número de pessoas, ou já determinadas, mas cujo conteúdo continua indivisível. É o caso, por exemplo, de todos os aderentes, concretamente considerados, de um plano de medicina em grupo (plano ou seguro de saúde) e submetidas a cláusulas padrões.⁶⁰

Direitos individuais homogêneos, também integrantes do gênero interesses metaindividuais, significam os mesmos interesses juridicamente tutelados, é o conjunto de direitos que pertencem a um determinado grupo de pessoas e, por sua similitude geram uma mesma pretensão depois de ocorrido o dano.⁶¹ Vários sujeitos seriam legitimados a ajuizar uma determinada ação de indenização para solver o litígio e compor o prejuízo causado, mas

⁵⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.811.

⁵⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

⁶⁰FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 425.

⁶¹DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 353.

com o avanço da representação dos interesses metaindividuais, apenas uma ação ajuizada é capaz de solver todo o problema.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua interesses individuais homogêneos como:

Além dos interesses difusos e coletivos, o Código do Consumidor definiu uma terceira categoria de direitos- os interesses ou direitos individuais homogêneos- definidos na lei como aqueles que decorrem de origem comum. Esses direitos são marcadamente individuais, e o aspecto de grupo a eles relativo diz respeito apenas a uma associação de interesses com vistas a um mesmo fim. Não têm, portanto, o caráter transindividual dos interesses coletivos e difusos, nos quais o relevante é o agrupamento em si, e não os indivíduos que o compõem.⁶²

A lei 7.347/85 introduziu a ação civil pública como meio processual utilizável para solução dos litígios, cujo objeto é a representação dos interesses metaindividuais, utilizando-se de um artifício que condiciona maior celeridade e tornando mais isonômica a decisão prolatada.

Celso Antônio Bandeira de Mello define ação civil pública como:

Instrumento utilizável, cautelarmente, para evitar danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico, ou, então para promover a responsabilidade de quem haja causado lesão a estes mesmos bens.⁶³

A intenção do legislador ao criar a lei 7.347/85 foi permitir a representação de interesses que normalmente eram negligenciados ao segundo plano a partir das mudanças causadas pela evolução social, como o surgimento do interesse de preservação do meio ambiente (surgimento do Direito Ambiental), as lides envolvendo os consumidores, as relações entre as categorias de trabalhadores e os empregadores e até mesmo os danos causados ao patrimônio público, frutos da má administração do erário pelos seus administradores.⁶⁴

A representação dos interesses difusos não pode unicamente ser definida pela lei 7.347/85, também deve ser aplicada a regra dos artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor que retratam a parte processual da referida Lei. Para a defesa dos interesses

⁶²CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1162.

⁶³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 946.

⁶⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1160.

dos consumidores e da sociedade em geral⁶⁵ esta regra é pouco utilizada tanto no âmbito da justiça comum, quanto nos juizados especiais. Deveria servir como completo da lei de ação civil pública.

O Direito Brasileiro não pode admitir a autonomia de uma lei frente a todo o ordenamento jurídico, sem a interligação entre os dispositivos legais, que na verdade deveriam se complementar, tornando difícil prolatar uma decisão mais abrangente e complexa, mas que ao mesmo tempo simplifique a prestação jurisdicional ao caso concreto,⁶⁶ satisfazendo a pretensão coletiva.

Sobre a natureza da ação civil pública, entende José dos Santos Carvalho Filho:

Possui a mesma natureza da ação, mas de rito especial e preordenado à tutela específica. Por outro lado, ao contrário do que ocorre com os demais tipos de ações, não se trata de meio específico e exclusivo de controle da Administração, já que pode ser intentada contra qualquer pessoa pública ou privada. Entretanto, pela peculiaridade dos bens tutelados é conveniente deixar assentados os seus contornos principais.⁶⁷

Ação civil pública pela análise da Lei 7.347/85 possui natureza dúplice,⁶⁸ num primeiro momento, é uma ação destinada a uma demanda coletiva e no outro funciona como um conjunto de regras de natureza processual destinadas a compor o processo coletivo. A Lei da ação civil pública estabelece que além das hipóteses de cabimento da referida ação, determina como se processará e quem está legitimado a ajuizar tal remédio.

A constitucionalização do processo,⁶⁹ fator marcante após a entrada em vigor da Constituição de 1988, também foi um fator fundamental para a consolidação da ação civil pública como ferramenta para solução dos litígios envolvendo interesses metaindividuais, devido ao fato de convergir os princípios constitucionais consagrados pelo Estado Democrático de Direito ao processo tipicamente civilista pertencente ao direito privado.

⁶⁵FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

⁶⁶WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 36.

⁶⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1160.

⁶⁸Idem. Ibidem, p. 1161.

⁶⁹DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 172.

Os princípios consagrados pelo artigo 5º da Carta Magna, a exemplo do devido processo legal e dignidade da pessoa humana⁷⁰ são fundamentais para o ajuizamento da ação civil pública, numa tentativa não só de solver, mas também de preservar todo e qualquer dano relativo aos interesses da coletividade e, prevenir futuras lesões aos interesses metaindividuais.

A ação civil pública possui o escopo de resgatar os interesses sociais.⁷¹ Tais interesses representam uma evolução do pensamento liberal predominante no Código de Processo Civil. É importante salientar que, o referido código foi criado como fruto do pensamento liberal e em oposição à ação civil pública não admitindo tal pensamento liberalista, devendo ser enquadrada dentro do pensamento intervencionista do Estado de Direito que restringe o liberalismo.

Importa mencionar que a ação civil pública é utilizável tanto nos ramos de Direito Privado quanto em Direito Público, não havendo diferenciação quanto ao ramo, seja ele tipicamente público, igual ao Direito Administrativo ou exclusivamente privado como o Direito do Consumidor, bastando apenas uma ameaça de lesão aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que tornará possível o ajuizamento da ação civil pública.⁷²

O Estado possui por escopo garantir os direitos da coletividade, a ação é o meio pelo qual se busca a efetiva tutela jurisdicional,⁷³ em qualquer sociedade racional deve o Estado proporcionar meios de acesso e participação no processo de apreciação da lide.⁷⁴ Todavia, após o ajuizamento da ação, o processo girará em torno da efetividade, tornando a tutela buscada imediata e eficaz observando que é importante não somente a entrada, mas também a resolução do conflito em tempo razoável, utilizando a justiça como ferramenta de pacificação social.⁷⁵

A Constituição Federal utiliza claramente utiliza os termos defesa da ordem jurídica e interesses sociais e individuais indisponíveis,⁷⁶ o que caracteriza a legitimação e

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 594.

⁷¹DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 347.

⁷²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 812.

⁷³WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p.21.

⁷⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 319.

⁷⁵Idem. Ibidem, p. 188-189.

⁷⁶MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 632-633.

autorização constitucionais para que o *Parquet* atue como autor na ação civil pública, ainda assim, também na legislação infraconstitucional há legitimação do referido órgão para atuar como protagonista da ação.

O inciso I do artigo 5º da lei 7.347/85 e artigo 82 do Código de defesa do Consumidor, legitimam o Ministério Público para ajuizar a ação civil pública, logicamente o *Parquet* não é o único legitimado, mas é o principal titular responsável para o ajuizamento da ação, inclusive a própria lei orgânica do Ministério Público atribui ao promotor de justiça a competência e legitimidade para ajuizar ação civil pública.

O Ministério Público além de parte também pode atuar como *custus legis* (fiscal da lei),⁷⁷ uma vez que a ação coletiva já tenha sido ajuizada, por outro ente autorizado a ser autor da ação civil pública, sendo que a representação é mais ampla do que na ação convencional (tutela individual). O Ministério Público ou outro ente representarão o interesse de toda a coletividade que outrora sofrera o dano.

A Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor também indicam o rol dos legitimados a figurar como autores da ação civil pública. O rol é taxativo (*numerus clausus*), envolvendo também a defensoria pública, entes da administração direta e indireta, associações civis, sindicatos e partidos políticos.⁷⁸

Na Lei 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor não há qualquer menção quanto à legitimidade para ser sujeito passivo. A passividade deve ser de todo aquele que ameace e efetivamente cause um dano aos interesses metaindividuais, podendo ser uma pessoa jurídica ou até mesmo uma pessoa física poderá estar na polaridade passiva da ação civil pública como, por exemplo, nos casos de má administração dos recursos públicos.⁷⁹

A ação civil pública, em regra, segue o procedimento comum ordinário, percorrendo todo o caminho da ação até o momento de ser prolatada a sentença, mas as

⁷⁷THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 157.

⁷⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 946.

⁷⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1164.

principais diferenças em relação à ação individual são o âmbito de representação dos interesses envolvidos e o nível de proteção da prestação jurisdicional.⁸⁰

Na defesa dos interesses metaindividuais é plenamente possível a formação de litisconsórcios⁸¹ ativos e passivos, principalmente, entre os Ministérios Públicos Federais e Estaduais e no caso do réu, qualquer que tenha ameaçado algum direito ou causado algum dano, podendo ser mais de um sujeito, sendo possível até mesmo uma pessoa física e outra jurídica.⁸²

As formalidades são essenciais dentro da ação civil pública, como toda ação, esta também possui aspectos formais que, ao não serem observados, poderão acarretar a inépcia da inicial, muito embora a ação civil pública tenha certa especialidade não existem garantias de proteção contra penalidades processuais como litispendência, preclusão e revelia.⁸³

O ajuizamento da ação civil pública pode ser precedido do inquérito civil. Este é um instrumento não jurisdicional de cunho administrativo, introduzido pela Lei 7.347/85, admitindo aplicação subsidiária do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e, contemplado pela lei orgânica do Ministério Público (Lei 8.635/93).

O inquérito civil possui a mesma natureza inquisitiva do inquérito policial⁸⁴ que é a busca dos fatos para apuração e investigação. O inquérito civil busca juntar todos os elementos causadores da ameaça ou lesão e levá-los ao conhecimento do representante junto ao Ministério Público, para que seja ajuizada a ação civil pública e sanar qualquer ameaça ou lesão a qualquer direito.⁸⁵ A exposição dos fatos e sua profunda investigação permitem uma facilidade maior ao Ministério Público para representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁸⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1163.

⁸¹DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 372- 373.

⁸²CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

⁸³THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 315-316.

⁸⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

⁸⁵Idem. Ibidem, p. 1166.

O inquérito civil não é obrigatório,⁸⁶ nem é indispensável para a propositura da ação civil pública, basta apenas o livre convencimento do Ministério Público que já se torna possível o ajuizamento da ação. A competência para realizar o inquérito civil é privativa do Ministério Público⁸⁷ não sendo objeto de delegação para outros órgãos, é um procedimento vinculado não admitindo forma discricionária,⁸⁸ sendo estritamente vinculado ao texto legal. Havendo alguma irregularidade quanto a observância de sua forma legal, deverá esta ser anulada pelo próprio Ministério Público, de forma administrativa.

A forma admitida para o inquérito civil é quase a mesma presente no inquérito policial e o inquérito administrativo, havendo a designação de um promotor de justiça responsável por presidir o inquérito, cabendo a este realizar uma série de perguntas relativas à ameaça ou lesão do direito para aquele que estiver sendo interrogado. Qualquer pessoa poderá ser interrogada,⁸⁹ mas logicamente este deverá ter algum conhecimento sobre os fatos, após a realização do inquérito, este será juntado com a petição inicial.

O procedimento da ação civil pública, havendo ou não inquérito civil, é iniciado pelo ajuizamento da petição inicial. Esta seguirá o molde do artigo 282 do Código de Processo Civil, relatando os fatos, os fundamentos e o pedido. A aplicação do Código de Processo Civil deve ocorrer sempre de maneira subsidiária,⁹⁰ desde que, não afronte o disposto no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 7.347/85.

A instrução do processo envolvendo a ação civil pública admite todos os meios probatórios permitidos pelo Direito,⁹¹ como a prova testemunhal, prova documental e prova pericial que nada mais servem do que ferramentas de comprovação da materialidade e veracidade dos fatos ocorridos que geraram a ameaça ou o dano. Na mesma fase de instrução, as partes não possuem apenas o sistema dispositivo,⁹² em que somente os interessados se movimentam para produzir provas, devendo o juiz utilizar o princípio do inquisitivo para sair da inércia e se movimentar para consolidar seu convencimento.

⁸⁶ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 383-384.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 812.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 947.

⁸⁹ Idem. Ibidem, p. 946.

⁹⁰ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 339.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 814.

⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 436.

No julgamento da ação civil pública há uma participação mais efetiva do juiz no desenvolver do processo,⁹³ deixando para trás a impressão causada pelo direito romano, onde o juiz é um ser estático que só se movimenta após sua provocação através da inércia, sendo então visualizado como uma figura longínqua cuja única função é prolatar uma decisão, não podendo ter qualquer ação investigativa que consubstancie seu convencimento.

Sindicatos e associações civis também podem ser titulares da ação civil pública conforme disposição no artigo 8º, inciso III da Carta Magna. As associações são todas as aglomerações de pessoas reunidas por um interesse em comum formando uma pessoa jurídica, com registro civil realizado no cartório de registro público de pessoas jurídicas.⁹⁴

Os sindicatos por sua vez são pessoas jurídicas com registro no Ministério do Trabalho e Emprego que buscam representar determinada categoria econômica, profissional ou profissional diferenciada podendo ter âmbito municipal, intermunicipal, estadual, interestadual ou nacional de acordo com a representatividade exigida da categoria,⁹⁵ valendo mencionar que no Brasil impera o princípio da unicidade sindical, não se admitindo mais de um sindicato representativo da mesma categoria na mesma base territorial.

Renato Saraiva descreve o sindicato como:

Associação de pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade profissional, econômica ou profissional diferenciada, para a defesa dos **direitos coletivos** ou individuais **da categoria**, inclusive em questões judiciais ou administrativas.⁹⁶ (Grifo nosso)

Associações e os sindicatos possuem restrições sobre a matéria objeto da ação civil pública, diferentemente do Ministério Público e Defensoria Pública, por exemplo, que podem ajuizar a ação sobre qualquer matéria desde que haja dano coletivo.

As associações só podem ajuizar ação civil pública quando houver ameaça ou lesão ao interesses de seus associados, o mesmo podendo dizer para os sindicatos, que agem somente em defesa da categoria seja de filiados ou não filiados. Para ambos os casos há uma restrição temática⁹⁷ para validar o ajuizamento da ação civil pública, sendo estas as únicas exceções presentes no rol.

⁹³ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 382.

⁹⁴ SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 461.

⁹⁵ Idem. Ibidem, p. 463.

⁹⁶ SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 465.

⁹⁷ Idem. Ibidem, p. 466.

O artigo 12 da Lei 7.347/85 estabelece que o juiz competente para julgar a lide pode conceder mandado liminar, com ou sem justificativa prévia, dependendo apenas de seu entendimento, mas a lei se omite em afirmar se é uma tutela cautelar ou antecipação de tutela, devendo as doutrinas jurídicas determinar essa diferença.

Ação Cautelar para Humberto Theodoro consiste:

No direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil.⁹⁸

As tutelas cautelares são plenamente possíveis dentro do procedimento da ação civil pública, pode a cautelar ser incidental ou preparatória, de acordo com sua propositura antes ou depois da ação principal. A medida acautelatória seguirá o rito estabelecido no Código de Processo Civil, necessariamente requerendo a existência do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.⁹⁹ A medida cautelar é de suma importância, visto sua função de assegurar a prestação jurisdicional, evitando com isso que haja qualquer prejuízo irreparável, podendo ser revogada apenas pelo julgamento do processo principal.¹⁰⁰

A antecipação de tutela é um adiantamento do objeto da demanda ou dos efeitos da sentença, concedendo o objeto do pedido.¹⁰¹ A antecipação de tutela é provisória, garantindo assim a execução provisória do julgado e fazendo com que seja antecipada a pretensão do autor, o que não ocorre com a cautelar que visa apenas resguardar um direito, afim de não permitir o perecimento do objeto.

Humberto Theodoro diferencia antecipação de tutela de tutela cautelar da seguinte forma:

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão. Urge, pois, não confundir o

⁹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 549.

⁹⁹ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 388.

¹⁰⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 376.

¹⁰¹ ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil- Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 410.

regime legal das medidas cautelares (sempre não satisfativas) com as medidas liminares de antecipação de tutela de caráter satisfativo provisório, por expressa autorização da lei. Embora haja tecnicamente uma nítida separação entre medida cautelar e medida de prevenção, sendo, às vezes, do ponto de vista prático, difícil identificar a medida concreta como pertencente a esta ou àquela modalidade preventiva.¹⁰²

A litigância de má-fé,¹⁰³ descrita no artigo 14 e seguintes do Código de Processo Civil, é caracterizada como uma aberração de cunho processual que atinge diretamente os princípios da lealdade e boa-fé processuais. É possível haver simulação de dano ocorrido em âmbito da coletividade com a finalidade de prejudicar economicamente determinado grupo. Há uma punição descrita no próprio Código de Processo Civil que sujeita a parte de má-fé ao pagamento de multa no valor do décuplo das custas processuais, visto que, o ato representa uma forma de atentado ao sistema processual.

As custas processuais representam a contraprestação pela prestação jurisdicional, obrigatoriamente pagas para manutenção do Poder Judiciário,¹⁰⁴ seguindo a regra do processo civil em que a parte vencida deverá arcar com as custas, sendo que a parte autora só pagará honorários, inclusive os de sucumbência se agir de má-fé.

A isenção de custas alcança tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública e entes da administração pública direta e indireta por serem entidades integrantes do Poder Público sendo beneficiadas pela isenção prevista em lei, com relação aos demais grupos não há possibilidade de isenção nem de dispensa das custas nos termos da Lei 1.060/50, que só admite dispensa para a parte que for hipossuficiente.

O Judiciário conta com vários meios de punir quem ameaçar ou lesionar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo condenar a parte ao pagamento de multa de caráter punitivo ou ao pagamento de indenização proporcional ao prejuízo causado.¹⁰⁵

O réu caso não esteja satisfeito pode recorrer da decisão, já que os recursos são plenamente admitidos pelo ordenamento jurídico dentro do rito da ação civil pública seguindo o princípio do duplo grau de jurisdição, abrangendo todos os recursos admitidos pelo Código de Processo civil.

¹⁰² THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 373.

¹⁰³ Idem. Ibidem, p. 316-317.

¹⁰⁴ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 21.

¹⁰⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 421.

Recurso possui natureza jurídica de continuação do direito de ação,¹⁰⁶ sendo também um direito subjetivo conferido à parte que se sentir insatisfeita pela decisão de 1º grau. Por regra, para o rito da ação civil pública só será conferido o efeito meramente devolutivo¹⁰⁷ não impedindo a execução provisória da sentença do juízo *a quo*, mas excepcionalmente o juiz pode conferir efeito suspensivo ao recurso, mas se este ficar silente se aplica a regra do efeito meramente devolutivo.

A coisa julgada (*res judicata*) representa o julgamento já realizado do bem juridicamente protegido, o que torna impossível o ajuizamento de uma nova ação versando sobre o mesmo objeto, mas é possível a desconstituição da coisa julgada utilizando a ação rescisória¹⁰⁸ prevista pelo artigo 485 do Código de Processo Civil, basta que haja a existência de uma situação prevista no rol do referido artigo, sendo *numerus clausus*, havendo prazo decadencial de dois anos para intimação da outra parte para desconstituir a coisa julgada e proceder a um novo julgamento da lide.

O Código de Defesa do Consumidor, apesar de prever no artigo 81 sobre a possibilidade de existir danos coletivos e a solução por meio da ação civil pública, é perceptível que o instrumento ainda não é utilizado “habitualmente” para solver os danos causados a determinados grupos de consumidores ainda imperando as tutelas individuais¹⁰⁹ o que dificulta o julgamento de várias tutelas referentes ao mesmo sujeito passivo com as mesmas causas de pedir, caracterizando os direitos homogêneos, demorando a satisfazer os interesses lesados e não dando uma efetividade ao devido processo legal.

2.2 Incongruência entre os direitos difusos e coletivos do consumidor e o sistema processual da lei 9.999/85.

A relação de consumo necessariamente é composta pelo consumidor, sendo o detentor do interesse na prestação de serviço ou aquisição de produtos e pelo fornecedor, sendo o sujeito responsável pela prestação de serviços ou aquele que exerce atividade econômica cujo fim seja a comercialização direta de determinado produto.¹¹⁰

Plácido e Silva define fornecedor como:

¹⁰⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 565.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.814.

¹⁰⁸ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 392.

¹⁰⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 403.

¹¹⁰ Idem. Ibidem, p. 426.

Proveniente do francês *fournir* (fornecer, prover), de que se compôs *fournisseur* (fornecedor), entende-se todo comerciante ou estabelecimento que abastece ou fornece habitualmente uma casa ou outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias ao seu consumo.¹¹¹

Fábio Konder Comparato define consumidor como:

O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende, por sua vez, de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, p.ex., para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção ao consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria.¹¹²

O exemplo a ser abordado por este estudo será a relação entre os consumidores (segurados) e os planos de saúde fornecidos pelas operadoras, a relação formada por estes sujeitos configura uma relação de consumo,¹¹³ por estar presente o interesse na prestação de um serviço com o fim de gerar alguma segurança ao beneficiário contra eventuais riscos a sua saúde ou integridade física,¹¹⁴ devendo esta relação ser disciplinada sob as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A formação do contrato de plano de saúde depende do acordo de vontades, pela assinatura do contrato de seguro e prestação de serviços fica o segurado obrigado pagar o plano e a seguradora a garantir todos os meios para solver a enfermidade ou dano causado ao consumidor, mas é necessária a ocorrência do elemento risco,¹¹⁵ materializado no sinistro para validar a prestação dos serviços.

Pablo Stolze Gagliano define contrato como:

Negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.¹¹⁶

O plano de saúde é um contrato de seguro, sendo bilateral, uma vez que estabelece ônus para os contratantes, obrigando o beneficiário ao pagamento da parcela

¹¹¹ SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1, p. 138.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Ed. RT, n. 15/16, vol. 13, p.90-91.

¹¹³ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 98.

¹¹⁴ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 189.

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III, p. 504.

¹¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2, p. 455.

contratual estabelecida, independente da ocorrência ou não do sinistro, funcionando o plano de saúde como uma segurança para um evento futuro e incerto, onde serão disponibilizadas todas e quaisquer medidas dentro da área de cobertura para a mais célere recuperação do segurado.

Por contrato de seguro, também entende Pablo Stolze Gagliano:

Negócio jurídico por meio do qual, mediante o pagamento de um prêmio, o segurado, visando a tutelar interesse legítimo, assegura o direito a ser indenizado pelo segurador em caso de consumação de riscos predeterminados.¹¹⁷

Aurisvaldo Sampaio define melhor o contrato de plano de saúde como sendo:

Aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, obriga-se diante da outra, o consumidor, a proporcionar a cobertura dos riscos de assistência à sua saúde, mediante a prestação de serviços médico-hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, reembolso de despesas efetuadas, ou pagamento direto ao prestador de serviços.¹¹⁸

A problemática envolvendo os planos de saúde se encontra nas questões em que mesmo o beneficiário pagando normalmente as parcelas e ocorrendo o evento classificado como sinistro previsto dentro do contrato, o segurado ao buscar o estabelecimento médico, acaba por descobrir que não há convênio com a seguradora ou, a fornecedora se recusa a prestar o serviço alegando que o fato não se encontra na área de cobertura do plano,¹¹⁹ o que permitirá ao titular duas escolhas: pagamento do tratamento em hospitais de redes particulares ou recorrer aos hospitais públicos.

O beneficiário normalmente não terá condições de pagar pelo tratamento, observado que contratou um plano de saúde justamente para garantir alguma segurança de tratamento¹²⁰ e evitar o pagamento dos altos custos cobrados pelas redes hospitalares tornando-se preferível evitar recorrer aos hospitais públicos para tratamento observados a superlotação, ineficácia e as péssimas condições de higiene característicos desses ambientes, fatos que desiludem qualquer interessado em contratar com as operadoras de planos de saúde.

A matéria já foi objeto de várias ações cautelares visando obter autorização judicial para internação imediata do indivíduo que está sujeito ao agravamento de sua

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2, p. 456.

¹¹⁸ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 187.

¹¹⁹ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 119.

¹²⁰ Idem. Ibidem, p. 114.

enfermidade que conseqüentemente poderá levá-lo ao óbito, sendo o objeto dessa ação a busca da preservação da vida humana, talvez sendo este o mais importante bem jurídico tutelado pelo direito.

Torna-se importante que haja intervenção do poder Judiciário para que a vida seja preservada e seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.¹²¹

Na prática, em alguns casos, a decisão judicial pode ser demorada, dependendo do grau do dano sobre a pessoa do interessado. Este não resiste ao agravamento de sua enfermidade e conseqüentemente ocorre o óbito, o que é inconcebível para o direito, visto que, este perdeu seu papel preventivo e não cumpriu seus escopos;¹²² e ainda restou a inconformidade da família do *de cujus* com a justiça, pois não houve sequer a apreciação da medida emergencial cautelar para assegurar o pedido principal e a ação ainda perdeu seu objeto.

O Brasil, diferentemente da Suécia,¹²³ não criou um tribunal exclusivo para as lides envolvendo fornecedores e consumidores. Para facilitar o acesso a uma decisão judicial foram criados para pequenas lides por assim se referirem aquelas cujo montante não ultrapasse o valor de 40 (quarenta) salários mínimos os juizados especiais civis pela lei 9.099/95, formados por um juiz de direito togado e um órgão recursal formado por três juízes.

A intenção do legislador inicialmente era solver todas as lides envolvendo fornecedores e consumidores, envolvendo questões meramente patrimoniais.

Nesse contexto, é perceptível a incongruência entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei dos juizados especiais (Lei 9.099/95). O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de defesa dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos,¹²⁴ quando o dano atinge um número indefinido de pessoas, mas na lei 9.099/95 que é uma lei tipicamente processual dos juizados especiais, nada prevê sobre o julgamento de ações coletivas, até porque, a ação civil pública segue o rito comum ordinário da justiça comum em princípio,¹²⁵ estando fora da competência dos juizados especiais.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

¹²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 54.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 812.

A incongruência também é reforçada por constituir o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei 7.347/85 e o Código de Processo Civil, de forma residual e complementar, em um manual¹²⁶ de como se utilizar a ação civil pública para a defesa dos consumidores, seja para defesa de interesses coletivos ou difusos, mas estes não são aplicáveis para defesa da sociedade em geral, principalmente para defesa dos segurados contra os abusos das seguradoras de planos de saúde, devendo aquele que se sentir prejudicado ingressar de modo avulso e individualmente nos juizados especiais para receber de volta seus investimentos e eventuais danos morais.

A defesa dos interesses metaindividuais dentro dos juizados especiais seria interessante e representaria um avanço dentro do sistema jurídico, visto que, através de uma só ação seriam solucionados os problemas existentes envolvendo as seguradoras de planos de saúde e os titulares dos planos de uma maneira mais célere, típica dos juizados especiais, sendo que através de uma sentença parâmetro representante dos interesses difusos e coletivos, os eventuais conflitos futuros de pronto já seriam analisados com base em uma só decisão, evitando com isso a incerteza dos julgados e trazendo segurança jurídica para as partes lesadas.

As decisões proferidas em ações metaindividuais não podem regressar ao passado pelo princípio da irretroatividade das decisões judiciais, possuindo efeito *ex tunc*,¹²⁷ observado a decisão não poderia voltar ao passado para sanar um bem jurídico já perdido, a decisão da ação civil pública só valeria para as ações individuais em curso ou para as futuras, não podendo nada ser feito para aqueles segurados que foram lesados no passado ou para a família dos titulares que morreram por conta da falta de atendimento, porém, demonstrada a culpa da prestadora, pode a família demandar indenização.

O julgamento de uma ação civil pública envolvendo a problemática dos planos de saúde seria muito importante para os segurados,¹²⁸ não somente por facilitar o trabalho do Judiciário no julgamento da lide resolvendo o mérito da questão com maior celeridade, mas também, prevenindo futuros conflitos e assegurando os escopos da jurisdição¹²⁹ de promover justiça social, cumprir a vontade da lei e, sobretudo de pacificação dos conflitos existentes no meio social com uma eficiência maior do que a apresentada pelas

¹²⁶ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 330.

¹²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1165.

¹²⁸ GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 86.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177.

tutelas individuais tradicionais introduzidas e contempladas pelo processo civil e, por fim demonstrando que há uma preocupação dos órgãos públicos em fazer um resgate social e proteger os consumidores.

3 TUTELAS DE INTERESSES METAINDIVIDUAIS COMO USO RACIONAL DO SISTEMA JURÍDICO

3.1 Controle de constitucionalidade difuso e garantia dos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e outros princípios

A defesa dos interesses metaindividuais como gênero, de onde se subdividem como espécies interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, representa muito mais do que realizar o resgate social de interesses que há muito foram suprimidos e até mesmo negligenciados pelo Estado, representam a utilização do poder jurisdicional do Estado para consolidar os princípios constitucionais que moldam a estrutura da sociedade e também assegurar que seja realizado o controle de constitucionalidade, função esta inerente a todos os órgãos do Judiciário para determinar se uma lei é explicitamente inconstitucional.¹³⁰

O controle de constitucionalidade é ferramenta imprescindível para qualquer Estado democrático, sendo prévio (preventivo) ou posterior (repressivo). Sua função é apenas de garantir a efetiva retirada de leis que atinjam diretamente os princípios consagrados pela Constituição, devendo tal lei ser banida do ordenamento jurídico para garantir a integridade da Lei Maior.¹³¹

O controle de constitucionalidade se fundamenta em duas égides: garantir a supremacia da Constituição tanto no sentido formal quanto material e rigidez de suas normas aprovadas pelo devido processo legislativo,¹³² não incidindo somente sobre lei em sentido restrito, mas sobre qualquer ato que ofenda a integridade da Constituição.

Alexandre de Moraes esclarece controle de constitucionalidade da seguinte maneira:

Significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade).¹³³

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

¹³¹ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 222.

¹³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1170.

¹³³ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 712.

Luís Roberto Barroso analisa o controle de constitucionalidade da seguinte forma:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de forma harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.¹³⁴

O controle de constitucionalidade pode ser dividido em controle preventivo e repressivo, no entanto, ao Judiciário só interessa o segundo visto que o primeiro só pode ser exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo antes da aprovação da eventual lei que lesione a Constituição. A idéia do controle realizado pelo Judiciário representa a preocupação do Poder que, em primeiro plano, deveria somente aplicar a lei ao caso sem questionar, mas existindo qualquer violação que afronte a Lei Maior total ou parcialmente deve ser decretada inconstitucional no todo ou em parte¹³⁵ por aquele responsável pela adequação da lei ao caso concreto.

O controle de constitucionalidade incidental pode ser concentrado ou difuso, sendo responsável pelo primeiro o colendo Supremo Tribunal Federal, enquanto o segundo meio de controle pode ser realizado por qualquer magistrado da Justiça comum ou especial, dependendo de sua competência para julgar o feito.¹³⁶ O controle difuso foi inspirado no modelo norte-americano, devendo cada juiz ser o responsável pela constitucionalidade de sua decisão, ficando os fatos mais controversos de inconstitucionalidade para serem discutidos nas cortes superiores.

Pedro Lenza explica o controle de constitucionalidade difuso como sendo:

Repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 23.

¹³⁵ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 227.

¹³⁶ Idem. Ibidem, p. 229.

ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente antes do exame do mérito. Pede-se algo em juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.¹³⁷

Luís Roberto Barroso também explica o controle de constitucionalidade difuso como:

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhe são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal.¹³⁸

André Del Negri comenta sobre controle de constitucional difuso da seguinte forma:

Estamos convencidos de que o controle de constitucionalidade difuso, no Brasil, existe porque está autorizado pelo art. 5º, XXXV, da CB/88, uma vez que não sendo país de Constituição costumeira, não construímos a temática do controle difuso sobre o instituto do precedente, como nos EUA (*Marbury vs. Madison*). Assim, nós, brasileiros, não podemos nos beneficiar do produto desse exemplo norte-americano, pois a Constituição Brasileira de 1988 assegura formal, declarada e literalmente a possibilidade de todos, em qualquer procedimento, discutir a constitucionalidade das leis, por meio de procedimentos como o mandado de segurança, *habeas corpus*, contestação e recursos, ao contrário da Constituição norte-americana, que não apresenta um artigo taxativo que disponha sobre o controle de constitucionalidade.¹³⁹

O controle difuso é limitado pelo âmbito *inter partes*,¹⁴⁰ sendo que o efeito *erga omnes* só pode ser alcançado no controle concentrado, mas mesmo com essa limitação já fica consubstanciado o entendimento do magistrado de que há uma imperfeição na lei ou ato administrativo podendo haver aderência ao seu entendimento nas esferas superiores e, será então preservada a integridade da Constituição Federal, todavia com ações representando os

¹³⁷ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116-117.

¹³⁹ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional, p. 229.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

interesses metaindividuais já possuem efeito *erga omnes* imediato após sua pronúncia pelo magistrado, sendo essa ação mais profunda que a simples ação individual.

Clèmerson Clève trata dos meios utilizáveis para realização do controle de constitucionalidade difuso da seguinte forma:

Não há dúvida de que a questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus*, no *habeas data*, podendo também ser suscitada na **ação civil pública** e na ação popular.¹⁴¹ (Grifo nosso)

Na defesa dos interesses difusos e coletivos, o controle difuso atuaria como uma vantagem aos consumidores, sendo que toda e qualquer inconstitucionalidade visualizada pelo julgador, no caso concreto, de pronto já seria afastada de seu âmbito de incidência, permitindo a manutenção da ordem jurídica e a solução do litígio, sendo utilizada uma garantia prevista ao Poder Judiciário que escassamente é utilizada na defesa dos interesses metaindividuais¹⁴².

O julgamento das ações de interesses metaindividuais ao permitir o controle constitucional difuso do juiz, não estabelece nenhuma restrição temática para o juiz singular, desde que a matéria esteja dentro de sua competência para julgar.¹⁴³

Hoje há uma tendência a todo órgão do Judiciário realizar o controle de constitucionalidade e não somente o Supremo Tribunal Federal por atribuição do artigo 102 da Constituição Federal (controle concentrado), permitindo ao juiz declarar qual lei ou ato normativo está ferindo a integridade da Constituição e cessando sua lesividade aos interesses coletivos.

O julgamento das tutelas de interesses metaindividuais também conduz ao princípio constitucional da isonomia,¹⁴⁴ presente no artigo 5º, *caput* da Carta da República de 1988, isonomia esta consubstanciada numa decisão equânime para todos os consumidores lesados pelas operadoras de planos de saúde. A isonomia garante a democratização do processo a ponto de ao menos minimizar as desigualdades existentes entre várias decisões para cada caso concreto.

¹⁴¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 78.

¹⁴² SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 142-143.

¹⁴³ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1550.

A evolução social e suas conseqüentes mutações permitiram uma mudança no conceito de isonomia, esta agora deve levar em conta as diferenças existentes entre os indivíduos e processualmente deverá ser prolatada uma única decisão mais justa para os grupos ou a coletividade ali representados, desse modo foi introduzida a idéia de coletivização do processo.¹⁴⁵

O embate litigioso entre consumidores e fornecedores, necessita de uma resposta adequada por parte do Judiciário,¹⁴⁶ simplesmente por meio de uma única decisão prolatada, mas com eficácia *erga omnes*, sendo resolvidos todos os litígios envolvendo os consumidores e as operadoras de planos de saúde, ressalvadas todas as peculiaridades de cada caso.

Surge também a questão da dignidade da pessoa humana¹⁴⁷ presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, dignidade esta que deve ser respeitada acima de tudo, o que caracteriza este princípio como sendo basilar dentro do ordenamento constitucional brasileiro, sendo inafastável sua observância.

Gilmar Ferreira Mendes tece um importante comentário acerca do princípio da dignidade da pessoa humana:

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é tratada como objeto, como meio para a satisfação de algum interesse imediato.¹⁴⁸

Sendo assim, não podem as operadoras de planos de saúde alegar que não possuem condições para arcar com o tratamento dos segurados, uma vez que, estes não descumpriram nenhuma cláusula do contrato. O bem jurídico da vida jamais poderá ser menosprezado ou lhe ser atribuído valor diminuto em relação aos demais bens jurídicos, portanto, cabe ao Judiciário garantir o devido respeito à pessoa humana.

Há, também, outro princípio constitucional interligado com a representação dos interesses difusos e coletivos, como a proteção judicial efetiva ou devido processo legal

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 592.

¹⁴⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

¹⁴⁷ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 332.

(artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal). Por esse princípio fica o Judiciário obrigado a conhecer e apreciar todas as causas que envolvam ameaça ou efetiva lesão a qualquer direito.¹⁴⁹

A defesa dos interesses metaindividuais nos contratos de planos de saúde representa também a garantia do cumprimento do princípio *pacta sunt servanda* do direito civil (direito privado), devendo todo contrato ser cumprido desde que não seja impedido por questões de força maior, culpa exclusiva da parte contratante, objeto ilícito e impossível.¹⁵⁰

Carlos Roberto Gonçalves explica o princípio do *pacta sunt servanda* do seguinte modo:

Pelo princípio da autonomia de vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objetos da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas conseqüências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.¹⁵¹

O plano de saúde normalmente é um contrato de adesão,¹⁵² contendo cláusulas previamente elaboradas pela operadora, aceitas pelos segurados de maneira expressa em contrato, o que torna sua exigibilidade mais próxima, visto que a própria fornecedora de serviços não poderá elaborar cláusulas e condições acima de suas forças, se assim o fizer é uma atitude tanto ilegal quanto irracional,¹⁵³ cabendo ao Judiciário exigir o cumprimento de todas as cláusulas utilizando todas as formas coercitivas e punitivas existentes no ordenamento jurídico.

A representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos assim garante a observância de vários princípios seja de ordem constitucional, seja ordem estritamente privada do Direito Civil, tendo abrangência maior do que a ação representativa

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 592.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2, p. 458.

¹⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III, p. 43.

¹⁵² GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31, p. 140.

¹⁵³ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 132.

do interesse individual,¹⁵⁴ sendo assim reconhecida como um remédio jurisdicional mais eficaz para combater a lesão ou ameaça de lesão a um direito.

3.2 Uso racional do sistema jurídico como ferramenta de solução dos litígios

O julgamento em uma única ação representativa dos interesses difusos e coletivos, denominada ação civil pública, está atrelado à idéia de maximização da jurisprudência e coletivização do processo,¹⁵⁵ assim representando um rompimento com os antigos paradigmas existentes que norteavam os princípios processuais.

A ação civil pública inovou não somente por possibilitar a representação de interesses relegados ao segundo plano,¹⁵⁶ mas por permitir o rompimento com a ótica processual clássica do direito romano em que somente autor e réu litigam e a decisão prolatada que só atinge as partes, enquanto outros indivíduos lesionados da mesma forma necessitam ingressar com outras ações para ter seu direito reparado.

O Ministério Público, principal titular da ação civil pública, assim definido pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei 7.347/85, possui todo um aparato investigativo legal no inquérito civil para apreciação e exposição de provas que fundamentam a lesão sofrida,¹⁵⁷ mas nada impede que o magistrado julgador da ação atue de modo mais ativo no processo, observando a amplitude de representação da ação, podendo inclusive realizar os institutos processuais probatórios como a inspeção judicial e requerer laudo pericial,¹⁵⁸ de acordo com a necessidade para seu convencimento.

A efetividade do Judiciário¹⁵⁹ é muito mais ampla no julgamento da ação civil pública, permitindo o acesso à justiça de um número incontável de indivíduos e a solução dos litígios, cessando finalmente a ameaça ou lesão a qualquer direito, com isso garantido a prestação jurisdicional imediata aos casos.

Cândido Rangel Dinamarco tece um comentário acerca do acesso à Justiça e efetividade da jurisdição:

¹⁵⁴ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 334.

¹⁵⁵ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 301.

¹⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1161.

¹⁵⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 405.

¹⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1163.

¹⁵⁹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 23.

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.¹⁶⁰

Kazuo Watanabe também tece comentário sobre a preocupação da efetividade processual:

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais- prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos-, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.¹⁶¹

A possibilidade de julgar uma só ação para garantir os interesses metaindividuais permite, também, a regular duração do processo ao ser observada a possibilidade de prestação jurisdicional em tempo hábil ao maior número de pessoas, excluindo as hipóteses de sacrifício de algum bem jurídico ou o agravamento da lesão.

Gilmar Ferreira Mendes explica a razoável duração do processo da seguinte forma:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como também compromete de modo decisivo a

¹⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 352.

¹⁶¹ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 29.

proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.¹⁶²

Inegável se demonstra a grande eficiência que possui a utilização das tutelas de interesses metaindividuais como garantia de cumprimento jurisdicional e garantia do devido respeito aos princípios constitucionais, não tardando em ser obtida uma resposta do Direito frente a uma lesão, sendo assim, considerada a maximização da jurisdição ao seu maior grau de efetividade.¹⁶³

O acesso à jurisdição também é ampliado pela utilização da ação civil pública, não sendo afastado o *due process of Law*.¹⁶⁴ Todo o grupo e a coletividade participam de forma indireta dos atos processuais, tal ação representa também a integração entre a garantia dos direitos fundamentais e a representação dos interesses difusos e coletivos, idéia essa centrada na terceira onda de acesso à justiça.¹⁶⁵

A solução dos litígios como escopo da jurisdição encontra seu ápice nas tutelas dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos,¹⁶⁶ uma vez que, a ação civil pública busca também realizar o resgate social.¹⁶⁷ Muitas vezes o indivíduo lesionado não possui condições de arcar com os custos e a demora do julgamento da ação individual, sendo seus interesses representados por meio da tutela de interesses metaindividuais.

A ação civil pública também busca prevenir futuras lesões que seriam causadas aos indivíduos por força de decisão judicial transitada em julgado, possuindo força coercitiva para obrigar o ressarcimento imediato do dano ou obrigação de fazer,¹⁶⁸ respeitando os direitos dos consumidores e obrigando a fornecedora a cumprir o contrato.

O julgamento da ação civil pública funcionaria como uma sentença parâmetro, em que as demais decisões, envolvendo tutelas individuais, em casos semelhantes se baseariam na primeira decisão, permitindo ao juiz a criação de uma jurisprudência pautada

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 597.

¹⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 353.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffrè, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 60.

¹⁶⁵ Idem. Ibidem, p. 67.

¹⁶⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

¹⁶⁷ DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 337.

¹⁶⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 403-404.

em suas próprias decisões como fazem os tribunais superiores, de modo que o julgamento das tutelas individuais seria automático, mantendo a segurança jurídica, com isso garantindo a plena satisfação dos interesses da parte em um curto espaço de tempo, o que ampliaria a ideia de efetividade do Direito e introduziria a discussão de utilização das tutelas metaindividuais como uso racional do Direito.

A racionalidade da utilização das tutelas metaindividuais não impede a interposição de ações individuais, por quaisquer pessoas que tenham seus interesses violados, mas a crítica a ser levantada é o nível de representação e solução dos litígios no âmbito difuso, individual homogêneo e coletivo,¹⁶⁹ sendo mais racional a utilização da ação civil pública, ao invés de muitas ações individuais, que por fim irão repetir o mesmo entendimento judicial sobre a questão e praticamente decidirá de modo semelhante.

A representação dos interesses difusos e coletivos por meio da ação civil pública, apesar de causar uma revolução no sistema processual, não possui por escopo interferir nas políticas públicas, muito embora, sua função seja prevenir e reparar toda ameaça de dano ou lesão configurada no âmbito grupal e coletivo,¹⁷⁰ nada possui em comum com a instituição das políticas públicas, que são de competência exclusiva do Executivo e são voltadas para a coletividade como meio para garantir os direitos sociais.

A ação civil pública, que possui como objeto, regular a relação entre operadoras de planos de saúde, não busca inserir os segurados dentro do sistema de saúde público (SUS), mas busca apenas regular a relação entre operadoras e consumidores para o fornecimento da prestação de serviço, anteriormente paga pelo consumidor,¹⁷¹ que depois de ocorrido o sinistro lhe foi negada. Muitos consumidores preferem se submeter à incógnita dos contratos de planos de saúde, do que tentar a sorte nos hospitais públicos, por conta de sua ineficiência e lotação excessiva.

O grande remédio presente na figura da ação civil pública, pouco tem sido utilizado para sanar os problemas envolvendo consumidores e fornecedores de um modo geral, mas é perceptível que ainda há um grande vazio quando o assunto envolve planos de saúde, não havendo qualquer meio de defesa na esfera difusa e coletiva, o que compromete a

¹⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1163.

¹⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 810.

¹⁷¹ SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40, p. 88.

defesa dos segurados,¹⁷² visto que, constantemente estão entregues aos abusos cometidos pelas operadoras dos planos. Se estas não sofrerem sanções a tendência das lesões é somente aumentar.

A não utilização da ação civil pública como efetivo remédio para maximização da jurisdição, sem a utilização racional do sistema jurídico e resolução efetiva dos conflitos na esfera *erga omnes* representam um retrocesso no pensamento jurídico de coletivização do processo¹⁷³ e, portanto, não deve ser excluída de apreciação do Judiciário sempre que um dano ultrapassar a esfera individual, com escopo de garantir a inclusão dos indivíduos, tanto aos direitos fundamentais, quanto aos princípios constitucionais que os regem, tendo por fim a preservação dos bens jurídicos indisponíveis como a integridade física e a vida.

¹⁷² FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 389.

¹⁷³ DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 302.

CONCLUSÃO

A conclusão alcançada após os argumentos anteriormente expostos é a ação civil pública como o melhor e mais eficaz meio representação dos litígios envolvendo os grupos de consumidores e, também, os interesses de toda a coletividade. Havendo uma decisão proferida valerá para todos os casos semelhantes, de modo a maximizar a atuação da jurisdição na resolução dos conflitos.

A representação dos interesses metaindividuais como integrantes da segunda onda de acesso à Justiça não deve ser visto de maneira isolada, mas interagindo com a primeira onda, de modo que haja uma adequação entre a representação dos interesses metaindividuais e a garantia dos interesses individuais, com isso formando a terceira onda criando métodos de interação entre interesses coletivos e difusos com os interesses individuais.

A parte poderá normalmente ajuizar uma ação individual para tentar obter a solução do litígio, mas de maneira mais ampla, a ação civil pública permite a solução do litígio na esfera *erga omnes*, sendo desnecessária a interposição de qualquer outra ação, constituindo assim o mais potente remédio presente no ordenamento jurídico para defesa da coletividade frente às diversas formas de lesões causadas.

O termo de ajustamento de conduta, procedimento não obrigatório e determinante para o ajuizamento da ação civil pública, é uma ferramenta poderosa e suficiente para reparação dos danos causados aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, de modo que, o autor da lesão se compromete a realizar uma ação ou deixar de realizá-la. Funciona de forma coercitiva (acompanhada do pagamento de *astreintes*), evitando novas lesões e não sendo necessário o ajuizamento da ação civil pública.

O ajuizamento da ação civil pública permite ao magistrado apreciar o caso, de forma a garantir a aplicação de todos os princípios constitucionais e, também, realizar o controle de constitucionalidade difuso ou incidental, de modo a garantir a supremacia da Constituição frente às demais normas do ordenamento em vigor, como também dos contratos privados, sendo possível anular qualquer cláusula violadora de um direito fundamental.

O objetivo da ação civil pública, nos casos das relações entre seguradoras e beneficiários, nos planos de saúde, não é o acesso ao sistema de saúde, mas ao cumprimento de uma obrigação assumida pela fornecedora mediante contrato de seguro, em que a concretização do sinistro é o elemento garantidor da obrigação de prestação do serviço.

O Judiciário ao determinar a submissão imediata do segurado ao tratamento de saúde não visa usurpar a competência do Executivo em estabelecer o acesso às políticas públicas de saúde, mas garantir aos indivíduos, lesados pelas operadoras de planos de saúde, a manutenção do bem jurídico da vida e garantindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, exercendo com isso seu papel fundamental de garantia de aplicação da lei.

O maior obstáculo para a representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos é apenas o não ajuizamento da ação civil pública pelos seus legitimados, tanto aqueles presentes no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei 7.347/85, sendo verificado um total abandono dos segurados por planos de saúde em ver seus interesses representados não só como grupos, mas como coletividade devendo os próprios interessados adentrar ao Judiciário por intermédio das ações individuais cautelares para receberem o tratamento devido.

O Ministério Público não possui escusa para se negar ao ajuizamento da ação civil pública, com o escopo de coibir as lesões causadas pelas operadoras de planos de saúde aos segurados, este é o principal legitimado para ingressar com a ação dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, na sua própria lei orgânica, que lhe incumbe o papel de defensor dos interesses metaindividuais. Agindo de forma omissa haverá uma afronta grave à legislação constitucional que estabelece suas funções.

O ordenamento jurídico brasileiro está completo quando o assunto é representação dos interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos, estabelecendo quem são os legitimados a ingressar com a respectiva ação e até mesmo o rito e suas peculiaridades a serem seguidas, sendo possível concluir que o erro está na não utilização do remédio legal para solucionar o problema, ainda persistindo a incógnita de como representar os interesses metaindividuais e garantir os direitos individuais, quando esta discussão deveria ser solucionada pela utilização da ação civil pública.

Dessa forma, por fim, a maximização da jurisdição por meio da representação dos interesses metaindividuais permite ao Judiciário, de modo mais eficaz,

utilizar o Direito em seu mais alto nível. Por meio de uma só ação será protegido um número praticamente incontável de indivíduos, garantindo a aplicação de um tratamento digno e preservando os bens jurídicos contra a lesão e a perda, dentre os quais o mais importante é a vida.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil- Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Lei 7.347/85 de data 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report. Milan- Dott. A. Giuffré, 1978 (trad. port. Ellen Gracie Northfleet. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Bookseller, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Ed. RT, n. 15/16, 1974, vol. 13.

DEL NEGRI, André. Teoria da constituição e do direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER, Fredie; e outros. Ações constitucionais. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV. t. 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.

GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 31.

HOBBS, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martin Claret, 2007.

KELSEN, HANS. Reine Rechtslehre. Leipzig- Viena, Deuticke, 1934 (trad. port. João Baptista Machado: Teoria pura do direito. 8. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009).

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Contrato de seguro. São Paulo: LZN, 2002.

SAMPAIO, Aurisvaldo. Contratos de planos de saúde. São Paulo: RT, 2010. v. 40.

SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.